

Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente

Miguel Pasquau Liaño

Magistrado de la Sala Civil-Penal del TSJ de Andalucía
Profesor Titular de Derecho Civil de la UGR

I. No es por insistir...

No es por empecinamiento por lo que vuelvo a reflexionar sobre un aspecto de la responsabilidad civil derivada exclusivamente del incumplimiento del deber de información adecuada al paciente como presupuesto de la obtención de un consentimiento informado. Creo que tiene sentido explicar que no lo hago por empeño personal, sino atendiendo a una elegante sugerencia del director de esta revista. Verán por qué digo que fue una elegante sugerencia.

Traté sobre esta cuestión en una ponencia del último Congreso nacional de la Asociación de abogados de responsabilidad civil y seguro, en Cádiz, donde defendí, entre otras cosas que quedaron escritas en el Libro de ponencias, que la infracción del deber de información adecuada ha irrumpido desordenadamente en el sistema de responsabilidad civil de médicos y profesionales sanitarios. Subrayo la expresión 'desordenadamente', porque mi crítica no iba dirigida

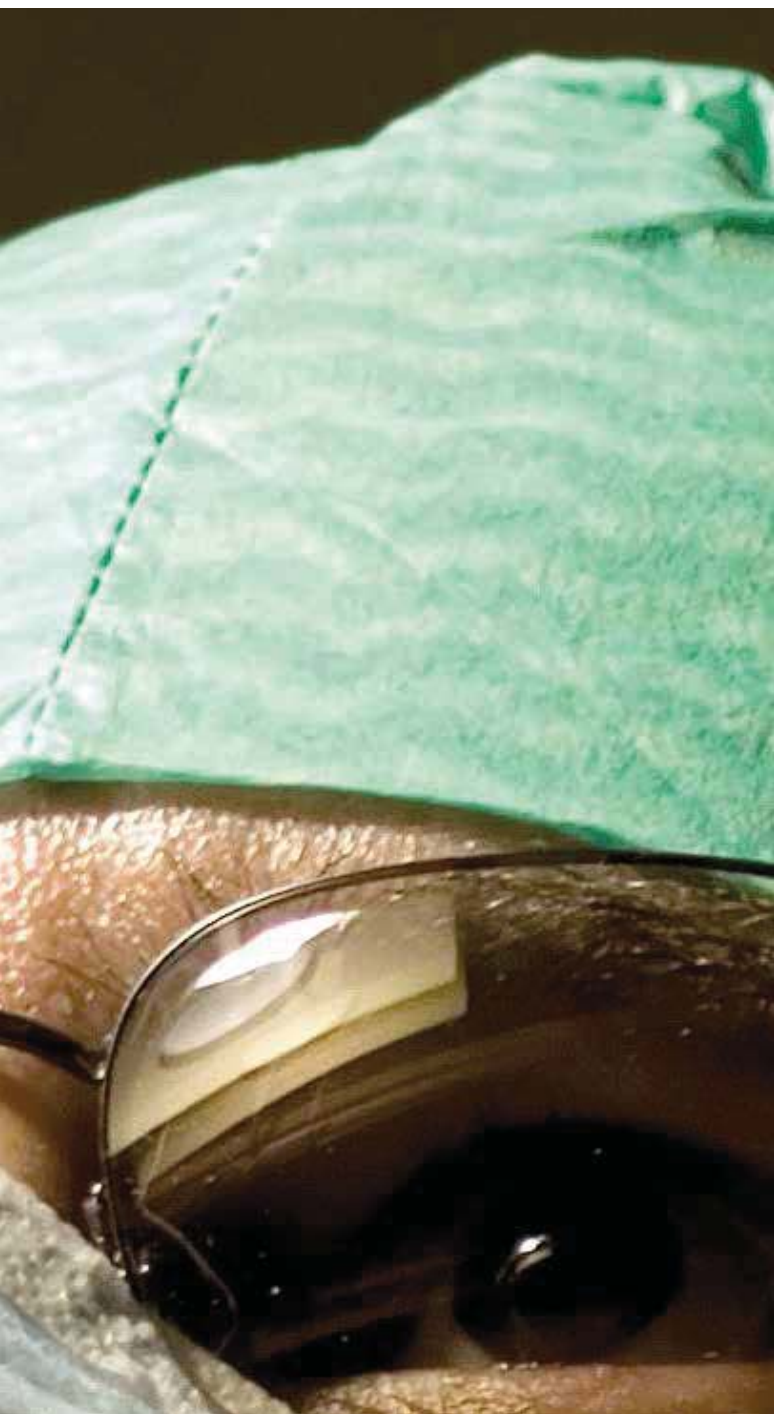
al hecho de haber dado entrada a este supuesto nuevo de responsabilidad, sino a que su consagración como caso típico de responsabilidad no ha venido precedida de un ajuste serio con los elementos de la dogmática de la responsabilidad civil: la imputación, el nexo causal y la misma noción de daño indemnizable. Pero tal desajuste no es un problema menor, ni tampoco un mero problema teórico para eruditos. Tiene que ver nada más y nada más que con el fundamento: no tenemos todos, desde luego, la misma respuesta a la pregunta “¿por qué debe responder el médico (o el hospital, o la aseguradora)?” en los casos a los que aludimos. Suele ser así: cuando un nuevo concepto o interés no está sujeto por la dogmática, cuando no está claro su fundamento, corre el riesgo de andar por libre y ello suele producir un impacto de desorganización. La reacción no debe ser ni encapsular el nuevo concepto como “cuerpo extraño” para después expulsarlo defensivamente del sistema, ni tampoco dejar que el desorden se haga fuerte y resistente a las defensas de nuestro sistema jurídico: habrá que trabajar para poner cada cosa en su sitio.

El deber de información al paciente no es una moda ni un capricho del legislador, sino una lógica exigencia de un derecho con rango de fundamental (la autodeterminación personal, la integridad corporal y el derecho a la salud), y por tanto es expresión de un avance del ordenamiento jurídico en el proceso de protección civil de los derechos de la personalidad que ha de tomarse en serio. Ello justifica que algunas sentencias pioneras y los primeros trabajos publicados enfatizasen su relevancia y le abrieran de par en par la puerta de la responsabilidad civil. Nada tiene de reprochable proteger el derecho a la autodeterminación con las técnicas de la responsabilidad civil; pero es muy importante precisar cuál es exactamente la razón por la que determinados daños que en principio se consideran fortuito, por no deberse a negligencia, y por tanto asignados a quien los sufre (por ejemplo, una grave infección subsiguiente a la disminución de las defensas en un tratamiento contra el cáncer), acaben atribuyéndose al profesional. ¿Es porque la falta de información comporta una negligencia determinante de la producción del daño (consistente en la pérdida de posibilidades de evitarlo?); ¿es una sanción por la infracción de un deber legal, que por sí mismo comporta una lesión -indemnizable- de la dignidad del paciente? Una cosa y otra, culpa e infracción, tienen una amplia zona de intersección, pero no son exactamente lo mismo: la infracción sólo es título de responsabilidad civil si causa un daño, y si el daño acaecido guarda



relación con la razón por la que se impuso el deber o la prohibición infringidos. La negligencia lleva en su propio concepto la conexión entre conducta y daño, porque no es otra cosa sino comportarse de manera diferente a como era exigible a fin de evitar el daño que finalmente se ha causado a otro.

Y justamente el problema sobre el que quisiera llamar la atención en aquella ponencia es que con demasiada frecuencia se está tendiendo en los Juzgados y en las Audiencias a sustituir



la (difícil) pregunta sobre si el profesional actuó con la diligencia exigible para evitar el daño por la (fácil) pregunta sobre si informó o no del daño o frustración que finalmente ha padecido el paciente, siendo así que, en mi opinión, la culpa (por mala praxis) debe seguir siendo el centro del sistema, sin perjuicio de las funciones específicas que el deber de información ha de cumplir en relación a la distribución de riesgos pertenecientes al llamado alea terapéutico, es decir, el área de riesgos que no pueden evitarse mediante el empleo de la diligencia exigible a

un profesional de la medicina y que por tanto, salvo que concorra alguna razón especial, han de ser soportados por el paciente.

Centré mi atención en un grupo de casos típicos: aquellos en que se pedía indemnización por una secuela o consecuencia negativa de una intervención médica o quirúrgica realizada sin negligencia o mala praxis, que eran concreción de un riesgo (más o menos frecuente) sobre el que el paciente no había sido advertido o informado con anterioridad a la prestación de su consentimiento. Y sometí a crítica las doctrinas jurisprudenciales que han tendido, por varias vías de fundamento muy dispar, a declarar la responsabilidad civil del profesional o del centro sanitario por la simple razón de que había infringido el deber legal de información, y a calcular la indemnización a cargo del profesional sobre la base del daño corporal o daño a la salud padecido por la víctima, aplicándole un factor de corrección por el hecho de no haber existido mala praxis. La característica común de estas diferentes doctrinas jurisprudenciales es que se es riguroso a la hora de determinar la existencia de responsabilidad (basta con constatar que no se informó sobre la posibilidad de sufrir la complicación o daño que finalmente se produjo), y que se dulcifica después ese rigor en sede de indemnización. Algo que corre el riesgo de incurrir en el vicio del salomonismo jurídico: no sé si debo condenar o no al médico, y por eso lo condeno “sólo un poco”. La técnica de la moderación del daño (artículo 1.103 CC), el recurso a la noción de daño moral autónomo (de apreciación estimativa) y, con técnica más depurada, la doctrina de la pérdida de oportunidades (lo indemnizable es la privación de la posibilidad de evitar el daño, por lo que el montante será mayor o menor en función de una suerte de cálculo de probabilidades sobre si el paciente, de haber sido informado, habría decidido no someterse a la intervención) han suministrado argumentos a los jueces para conceder indemnizaciones equitativas pero desde luego inciertas. Dos tuertos (el médico que tiene que pagar algo, y el paciente que no lo cobra todo), pero ningún ciego.

Frente a esta tendencia, proponía un planteamiento algo más exigente conceptualmente en el que quiero insistir ahora. En mi opinión, por más que no suministrar información expresa sobre un riesgo propio de la intervención sea siempre infracción de un deber legal, sólo hará responsable civilmente al médico o profesional del daño corporal o secuela causado (sin mala praxis) en algunos casos: cuando pueda razonablemente determinarse que el paciente, de

haber contado con la información omitida, se habría colocado al menos en un conflicto de decisión. Es decir: la información no sólo le habría advertido o hecho consciente de lo que podría ocurrirle con la intervención que se propone, sino que lo habría puesto en la situación de tener que tomar una decisión difícil entre dos alternativas posibles y razonables. Una decisión en la que no cabe sustitución, salvo los casos de incapacidad o imposibilidad. En tal caso, es decir, si la información omitida incluye aspectos que requerían una difícil ponderación por el paciente de riesgos y oportunidades, se está obteniendo un consentimiento no lúcido, desinformado, en cuanto que el paciente se ha sometido sin haberlo decidido conscientemente a unos riesgos que (esto es importante) no están cubiertos por el sistema general de responsabilidad (pues por hipótesis no serán imputables a negligencia médica, sino al alea terapéutico), de manera que entonces sí está justificado un desplazamiento de tales riesgos, normalmente asignados al paciente, hacia el médico o profesional que no le suministró los elementos necesarios para tomar esa decisión difícil. Ciertamente que la noción 'conflicto de decisión' es complicada de precisar, y desde luego no puede desarrollarse en este artículo, pero sí parece preciso apuntar que no es una mera invención mía, sino un concepto manejado en otros ordenamientos.

Cuando así sea, es decir, cuando conforme a este criterio el riesgo se atribuya al profesional, éste deberá indemnizar el daño corporal íntegro, sin aplicación de porcentajes o factores de moderación. La razón de esta indemnización íntegra es, en realidad, bien fácil de comprender desde la propia dogmática de la responsabilidad civil: no se trata de hacer esfuerzos para lograr apreciar un nexo de causalidad, aunque de carácter 'porcentual o probabilístico', entre la información omitida y el hecho de padecer la secuela; se trata, más simplemente, de imputar al médico la responsabilidad (íntegra) por los daños causados por caso fortuito, porque nadie tiene competencia para decidir que un tercero se sobreexponga a riesgos relevantes sin responder en caso de que los mismos acaezcan: obsérvese que, en efecto, no hay ningún problema relativo al nexo causal: la secuela se debe a la intervención, y la intervención la ha decidido y/o practicado el profesional médico. El problema está en la razón de ser de la responsabilidad: la omisión del deber de informar no es el punto de arranque de ningún nexo causal, sino que es la razón jurídica que permite extender la imputación de la responsabilidad a los daños producidos no sólo por negligencia, sino también por caso fortuito.

Un viejo artículo, como es el artículo 1.891 CC., nos ayudará más adelante a comprender bien por qué no informar de ciertos riesgos (no de cualesquiera) es una buena razón para hacerse responsable de daños de los que de otro modo no responderías.

Y luego está, por fin, lo del daño moral. Esa otra vía, diferente de la de la imputación probabilística por pérdida de oportunidades (aunque en más de una sentencia se confunden, pues se habla de 'daño moral por pérdida de oportunidades'), que se basa en la idea de que la omisión del deber de información causa, por sí mismo, un daño moral neto, autónomo, diferente del eventual daño corporal subsiguiente a la intervención, en tanto que comporta una vulneración del derecho a la autonomía personal, consistente en el previo conocimiento y aceptación por el paciente de los riesgos a que va a ser sometido. Me refería (y me refiero ahora) a ese grupo de sentencias (mayoritarias en la jurisdicción contencioso-administrativa) que al calcular la indemnización aludían a un daño autónomo de carácter moral que permitía al órgano judicial ofrecer una indemnización equitativa según las circunstancias, con criterios estimativos, y por tanto difícilmente revisables o predecibles. Bien se comprende que se trata de una vía paralela que tiene un fundamento distinto, y que por tanto lleva la discusión a otros terrenos. Y decía que tal doctrina tiene un problema de rango conceptual: si la aceptáramos, tendríamos que sostener en coherencia que, aunque la intervención sea exitosa y no se produzcan los daños sobre los que no se informó, el daño se habría producido igual, por lo que habría que imputar responsabilidad al médico también en esos casos, contra lo que de manera contundente han dicho muchas sentencias, no sólo de la Sala Tercera, sino de la Primera: que si no hay daño para el paciente la falta de información no genera derecho a indemnización y es civilmente irrelevante. Dicho de otro modo: si ya no se trata de ligar causalmente el defecto de información con la secuela sufrida por el paciente (que tampoco se debe a mala praxis), sino de indemnizar por el solo hecho de provocar una intervención médica con vulneración de la autonomía del paciente, entonces ese daño autónomo es independiente del resultado concreto de la intervención, y se producirá incluso en caso de intervenciones exitosas y corporalmente beneficiosas para el paciente. ¿O no?

Por eso, concluía, no es posible fundar la responsabilidad civil por defecto de información en la figura 'comodín' del daño moral, sin perjuicio de los casos en que, en efecto, más allá

del hecho en sí de no haber recibido información, se pruebe que ello ha causado un verdadero perjuicio no patrimonial (como podría ser el sufrimiento causado por la decepción al no obtener el resultado satisfactorio con el que, por desinformación, se contaba como seguro, o por no haber podido tomar las medidas y decisiones adecuadas en previsión del riesgo con el que no se contó, etc.). Sin daño no hay responsabilidad, y el daño no puede confundirse con el hecho en sí de la infracción de un deber.

Terminada mi intervención, algún asistente al Congreso me preguntó si mantenía esta última opinión después de la STS 13 mayo 2011, de la que contó el supuesto de hecho y la solución dada por el Tribunal. Respondí de manera improvisada, pero después otro asistente aludió a la STC 28 marzo 2011, que al parecer iba en sentido similar.

Es evidente que el director de esta revista, que asistió a la ponencia, se dio cuenta de que el ponente no conocía las sentencias mencionadas. Esas cosas pasan a veces: en el caso de la STS 13 mayo 2011 fue porque en todo su texto no se utiliza la expresión “consentimiento informado”, que fue la utilizada para el buscador de jurisprudencia al preparar la actualización de la ponencia. El caso es que el director, lejos de incidir en esa laguna del ponente, se reservó para tratarlo después en privado. Con elegancia, me suministró el texto de ambas sentencias y alguna bibliografía y me dio su opinión sobre las mismas, en la que creí advertir una también elegante crítica a mis planteamientos, que consideraba excesivamente restrictivos para la protección de la autonomía del paciente. Intercambiamos algún correo electrónico sobre el particular, y finalmente me propuso repensar en esta revista mis planteamientos a raíz de lo dicho por tales sentencias.

Y aquí me tienen, obediente, cumpliendo el encargo.

II. La STC 37/2011, de 28 de marzo

Juzgado de Primera Instancia y Audiencia Provincial desestimaron una demanda de responsabilidad civil dirigida contra la empresa aseguradora de los médicos que realizaron un cateterismo al demandante, dejándole la secuela de la pérdida total de funcionalidad en la mano derecha. Ambos órganos judiciales dejaron sentado como hecho probado que la secuela es un riesgo propio de la intervención llevada a cabo, y que no se debió a mala praxis en su realización. También se consideró probado que

no se dio al paciente información sobre los riesgos del cateterismo a que iba a ser sometido, ni se recabó su autorización. Pero el Juzgado razonó expresamente que “en el presente supuesto, el padecimiento que llevó a urgencias al demandante, el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia relativa de la intervención, sin dejar de lado su edad, llevan a considerar que realmente no se ha privado al demandante de una información esclarecedora previa al consentimiento que dé lugar a la procedencia de ser indemnizado”. La Audiencia Provincial asumió esta argumentación.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo formulado contra estas resoluciones por considerar que las razones esgrimidas para desestimar la demanda derivaban de una interpretación restrictiva del alcance del derecho fundamental a la integridad física (en su modalidad de necesidad de consentimiento informado para ser sometido a una intervención médica) y de una comprensión extensiva de los límites de tal derecho. Dicho de otro modo, al Tribunal Constitucional no le pareció adecuada y suficientemente motivada la conclusión de que no se había privado al paciente de su derecho a una información esclarecedora previa al consentimiento, porque ni podía valorarse a tal efecto el hecho de una intervención anterior similar, ni existía una verdadera urgencia vital impeditiva de la información. Ello comporta que tales órganos judiciales habían vulnerado los derechos fundamentales a la integridad física y a la tutela judicial efectiva, al no haberlos aplicado con toda la extensión e intensidad que le son propias, matizando desde luego el Tribunal Constitucional que no se pronunciaba, por no ser de su competencia, “sobre si procedía o no reconocerle la indemnización reclamada”.

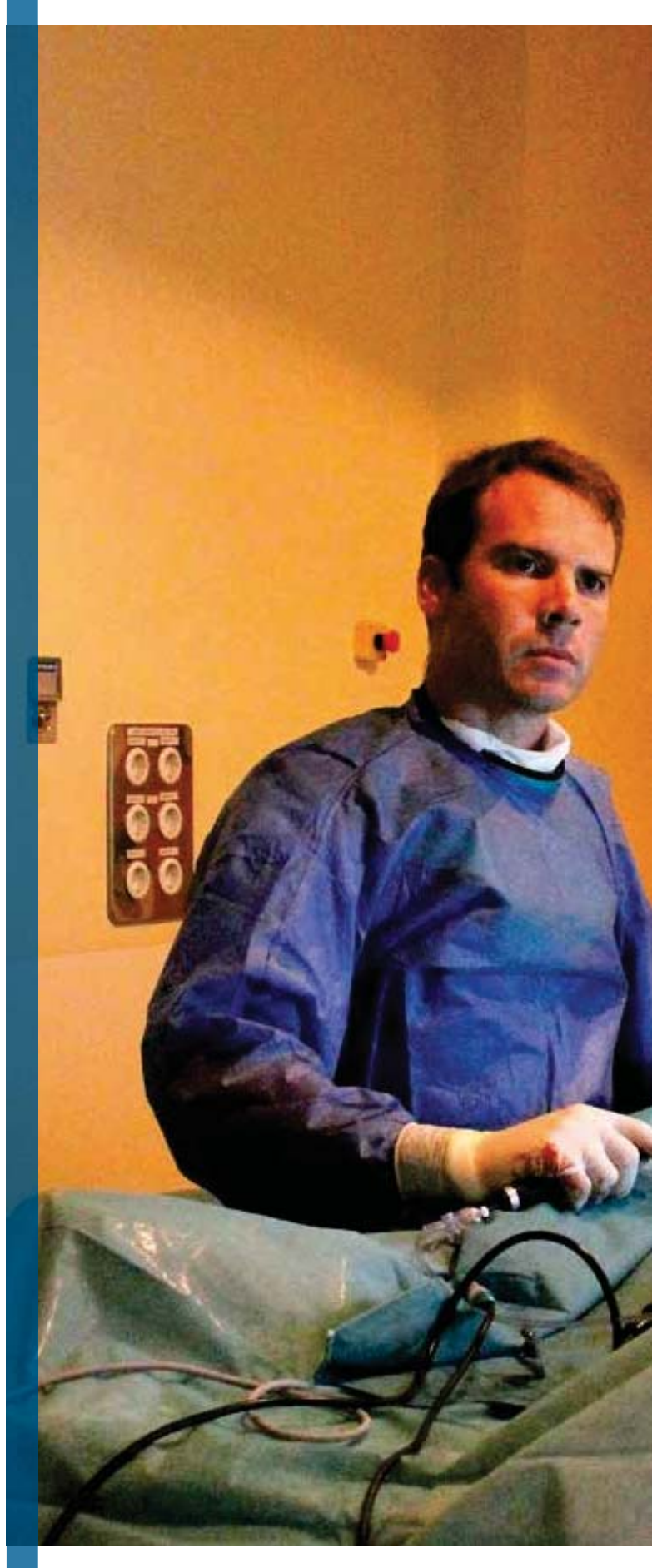
La sentencia no llega a decir que se produce daño indemnizable aunque no se cause secuela corporal (en el caso esa secuela existió: la pérdida de funcionalidad de una mano), pero, por los términos en que se expresa, sí puede ser invocada a favor de la tesis de que en cada caso en que no se informe adecuadamente al paciente antes de obtener su consentimiento para una intervención médica se está vulnerando su derecho fundamental a la integridad corporal, lo que de alguna manera (que no se precisa) debe tener reflejo en la sentencia que se dicte. También puede servir esta sentencia para interpretar en términos exigentes la expresión ‘información adecuada’, en cuanto que sólo estará justificada la omisión de determinada información en los casos legalmente establecidos, al tratarse

de limitación de un derecho fundamental. Por último, y como anula las sentencias que habían desestimado la demanda, puede ser invocada como argumento a favor de que cada vez que se considere vulnerado el derecho a recibir información adecuada, el paciente tiene derecho a una indemnización, cualquiera que sea. La mera infracción, pues, sería título de responsabilidad civil.

Sin pretender discutir la autoridad de esta sentencia, no puedo desde luego ocultar una duda que me suscita la lógica de la que parte. Esta lógica es la siguiente: toda infracción de un deber legal impuesto para preservar un derecho comporta correlativamente un daño indemnizable, al menos si el derecho a preservar es un derecho fundamental. Es decir, la infracción comporta inmediatamente responsabilidad civil, porque ya está, por sí misma, afectando al derecho protegido por la prohibición, y por tanto genera la obligación de indemnizar. Y digo que me suscita duda porque, desde luego, semejante afirmación contrasta con lo que se desprende de una dogmática bien asentada en materia de responsabilidad civil, según la cual la infracción sólo es título de imputación cuando se produce el daño para cuya prevención precisamente se impone el deber infringido: si el bien jurídico solo se ha puesto (indebidamente) en peligro, no surge responsabilidad civil, sin perjuicio de otras sanciones diferentes.

Algunos ejemplos pueden ser útiles.

- a) La infracción de normas de seguridad en el trabajo, dispuestas para proteger el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de los trabajadores, no da lugar a indemnización si no hay accidente: sin accidente cabe responsabilidad administrativa y penal (art. 316 CP), pero no indemnización; y no creo que fuese aceptable decir que los trabajadores han sufrido en todo caso un daño moral consistente en el derecho a trabajar en condiciones seguras. Es más: aún habiendo accidente, sólo se genera responsabilidad civil si puede apreciarse que la adopción de las normas de seguridad habrían evitado el daño. Infracción no es igual a indemnización.
- b) La conducción temeraria vulnerando normas de tráfico no genera responsabilidad civil si no causa accidente: pone en peligro a los demás, y desde luego absorberá cualquier incidencia de tráfico que pueda producirse con motivo de su conducta, pero si no hay accidente, no hay responsabilidad. Igual-





mente, una infracción de tráfico cualquiera no supone obligación de indemnizar cualquier daño que no se hubiese producido de no darse tal infracción, sino que sólo comporta responsabilidad por los daños que la norma infringida pretendía preservar: así, si aparco en lugar reservado a carga y descarga, y un niño que va patinando por la acera cae y se estrella contra mi automóvil, no estaré obligado a indemnizarle por las lesiones que sufran, pese a que yo sea un infractor, y pese a que de no haber aparcado en ese lugar indebido el niño no hubiese sufrido las lesiones: la razón de la prohibición de aparcar no guardaba relación alguna con la seguridad de los que transitan por la acera.

- c) No se puede obligar a los empleados a trabajar en domingo. Pero si se infringe la norma y, en domingo, fallecen varios empleados como consecuencia de la explosión de un polvorín ubicado en la finca contigua, el empleador infractor no es responsable de las muertes, por más que éstas no se habrían producido si se hubiese respetado la prohibición.
- d) La comercialización de un fármaco defectuoso capaz de causar daño sólo obliga a indemnizar a la víctima que sufrió el daño, pero no a quien estuvo expuesto a sufrirlo y no lo sufrió.

Por ello, en mi opinión, no cabría imputar responsabilidad al médico que practica un cateterismo sin informar de sus riesgos si, por fortuna, ese cateterismo cura la afección para la que estaba indicado y no deja ninguna secuela, por más que haya obrado indebidamente. El Tribunal Constitucional ha dicho que el médico infringió el deber de información al paciente, y por tanto vulneró su derecho a la autonomía personal. Pero para que ello comporte un deber de indemnizar es preciso, en mi opinión, algo más:

- a) en primer lugar, que el daño en la mano de cuyo riesgo no se informó, se produzca en realidad (esa condición sí se daba en el caso contemplado por la sentencia);
- b) en segundo lugar, que pueda establecerse que el conocimiento de pérdida de funcionalidad en una mano hubiese podido hacer dudar al paciente, por existir alternativas razonables, sobre si someterse o no al cateterismo en aquel momento y en aquel lugar. Lo que, por cierto, sólo podría ser determinado por un juez ordinario, y no por el Tribunal Constitucional.

No debería ser necesario, pero por si acaso, quiero aclarar que no defiendo que el médico sólo deba informar de aquellos riesgos tan relevantes que puedan poner al paciente en un conflicto de decisión. Debe informar, debe explicar, debe prevenir de mucho más, y si no lo hace no está respetando el derecho del paciente. Lo que sí digo es que para que resulte obligado a indemnizar por la secuela o daño corporal de cuyo riesgo no ha informado, ha de ser de entidad suficiente como para potencialmente afectar a la decisión de someterse o no a la intervención. Y que si así fuere, entonces ha de responder por el valor total de la secuela o daño.

III. STS 13 mayo 2011

Pero luego llega esta otra interesante e importante sentencia, en la que de manera expresa el Tribunal Supremo afirma que, aún en los casos de ausencia total de daño corporal, la intervención quirúrgica no precedida de consentimiento informado genera obligación de indemnizar un daño moral.

Recordemos el supuesto. Resultó probado que la paciente, aquejada de una patología en la rodilla, se sometió voluntariamente, previa información suficiente, a una intervención sobre el menisco ('menisectomía artroscópica'). Durante el transcurso de la misma se comprobó que el menisco no estaba afectado, por lo que, sobre la marcha, y sin obtener nuevo consentimiento del paciente, se optó por otra intervención diferente considerada "de menor entidad", y consistente en seccionar y extraer la plica medial o interna. La intervención no tuvo éxito, puesto que no puso fin a las dolencias de rodilla de la paciente (este dato es importante, como veremos), sin que tampoco quedara probado que tal intervención hubiese producido secuelas específicas o un agravamiento del estado de la paciente. Digamos que quedó como estaba.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda (en la que se reclamaba una indemnización de 180.000 euros) porque no apreciaron la existencia de nexo causal alguno entre la intervención no consentida que se practicó y las lesiones por las que la actora reclamaba indemnización. Es decir, no se recabó el preceptivo consentimiento de la paciente, pero tal infracción no fue causa de ningún daño.

El Tribunal Supremo casa la sentencia sobre la base de este argumento fundamental:

"Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado, y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada, puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no sólo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía". Y añade: "La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo (...) Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho a la autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad".

Como conclusión cuantificó el daño en la cantidad de 30.000 euros.

A fin de medir la importancia de esta sentencia en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad civil por intervenciones médicas sin previo consentimiento informado, es preciso matizar en primer lugar que en el caso contemplado lo que faltó no fue una información adecuada, sino el consentimiento en sí por parte del paciente a la intervención concreta a la que se le sometió, lo que permite afirmar que la intervención sí comporta por sí misma un daño corporal, pues una intervención quirúrgica no consentida equivale a una lesión (no al derecho de autodeterminación, sino al cuerpo). Así, la sentencia podría entenderse del siguiente modo: lo que se indemniza es el hecho de haberse sometido sin consentimiento a una intervención (sección y extracción de la plica medial o interna y liberación del alerón o retináculo rotuliano externo) que no obtuvo ningún resultado positivo. Ignoro si el montante de la indemnización (30.000 euros) es equivalente al valor biológico de la plica medial y al padecimiento inherente a la intervención llevada a cabo, pero sí entiendo que cualquier intervención quirúrgica no autorizada supone, por sí misma, un daño (no moral, sino corporal) que será indemnizable a menos que la intervención haya resultado beneficiosa para el estado de salud del paciente. Dicho de otro modo: en los casos de operación no consentida, el cirujano asume como mínimo el riesgo de que la intervención no sea exitosa y resulte, por tanto, un padecimiento inútil para el paciente.

Lo que no me parece posible deducir de esta sentencia es que en todo caso de falta de consentimiento informado (por tanto, también cuando hay consentimiento, pero no se recibió una información completa o adecuada), el paciente tiene derecho a una indemnización por daño moral con independencia de que se produzcan o no daños corporales. Y no puede deducirse, entre otras cosas, porque el Tribunal Supremo, en sentencia redactada por el mismo Magistrado Ponente siete días después (STS 20 mayo 2011), afirmó lo que ya había dicho antes y siguió diciendo después: que “la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil”.

¿Son sentencias incompatibles? ¿Se contradice el Tribunal Supremo?

Claro que no. Lo afirmado en esta última STS 20 mayo 2011 ha de seguir considerándose la regla general: la falta de información al paciente sobre un riesgo o sobre una alternativa no comporta por sí mismo un daño (moral) indemnizable. La mera infracción del deber de informar no aglutina en sí mismo todos los elementos de la responsabilidad: la culpa, la causa y el daño. Exponer al paciente a un riesgo sobre el que no se le ha informado es una conducta negligente, pero para que nazca responsabilidad es necesario algo más: hace falta un daño ligado causalmente a esa negligencia. No un daño conceptual (lesión del derecho a ser informado) sino real: patrimonial, corporal o moral, pero real. Ese daño (STS 13 mayo 2011) puede ser la operación en sí misma, cuando no ha resultado exitosa. Pero nunca cabrá una condena de responsabilidad médica si la intervención ha alcanzado el fin terapéutico perseguido y no se han producido secuelas imprevisas.

En definitiva, entiendo que es conceptualmente cierto que toda infracción del deber de informar adecuadamente al paciente supone una vulneración de su derecho a la autodeterminación corporal; pero de ahí a decir que automáticamente se causa un daño moral indemnizable, hay un salto lógico que no creo que pueda ampararse en el comodín del concepto de daño moral. El daño moral es algo que hace sufrir a quien lo padece, no es la lesión abstracta de un derecho de la personalidad. Más claro aún: el daño moral es una modalidad de daño, y no la consecuencia conceptualmente necesaria de una infracción.

IV. ¿Cuál es, entonces, el fundamento de esta responsabilidad civil?

Conviene, en este punto, volver a la pregunta fundamental. ¿A cuento de qué, por qué razón un médico que no ha incurrido en mala praxis puede resultar responsable de una complicación o secuela fortuita de la que no informó?

La respuesta puede intentarse desde el prisma de la culpa, desde el de la causa o desde el de daño. En mi opinión, la construcción a mi juicio más acabada en la jurisprudencia no es la de la consideración de la existencia automática de un daño moral (lesión del derecho de autodeterminación corporal) que ha de ser indemnizado estimativamente, sino la de establecer un nexo de causalidad de carácter hipotético o probabilístico entre la falta de información y el daño corporal, a través de la noción de pérdida de oportunidades. Pero, como avancé al principio, creo que la dogmática de la responsabilidad civil cuenta con bases y premisas apropiadas para ubicar este tipo de responsabilidad de manera más segura.

Conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil profesional, los facultativos sanitarios han de responder de aquellos daños que causen en el ejercicio de su profesión interviniendo culpa o negligencia, lo que requiere la identificación de una mala praxis que esté en la base de la producción del resultado dañoso o insatisfactorio. Quedan fuera, por tanto, del círculo de responsabilidad los daños que jurídicamente han de considerarse como no evitables con la diligencia exigible, por tratarse de secuelas o complicaciones típicas, aunque aleatorias. El paciente queda expuesto a esos riesgos y no podrá exigir responsabilidades por los mismos al médico o cirujano, porque al sistema le conviene mantener un criterio de responsabilidad subjetivo en el ámbito de los servicios profesionales sanitarios que se ha mostrado como el más razonable y efectivo.

No obstante, de esos riesgos que pueden causar daños no indemnizables, el paciente ha de estar informado. Y cuando los riesgos son graves (bien por su frecuencia, bien por su entidad), en comparación con los beneficios que pretenden alcanzarse, el paciente ha de asumirlos de manera voluntaria (y bien informada), precisamente porque ningún sistema de responsabilidad civil va a venir en su socorro si tales riesgos se concretan en un daño. Dicho de otro modo: si se trata de intervenciones o tratamientos arriesgados, la exposición a dichos riesgos ha de ser una decisión perso-



nal del paciente en la que no cabe sustitución (salvo, obviamente, incapacidad, imposibilidad o urgencia). Particularmente en el ámbito de la medicina satisfactiva, en la que casi cualquier riesgo para la salud puede considerarse excesivo por cuanto la alternativa no es la enfermedad, sino la incomodidad o el problema estético. De manera que si un médico, cirujano o servicio sanitario expone al paciente a tales riesgos sin contar con su consentimiento consciente, estará tomando una decisión para la que no tiene legitimación, lo que le hará responsable de todo lo desfavorable que pueda suceder, aunque sea sin culpa en el sentido de mala praxis.

Ello no es sino expresión de una regla general, según la cual cuando por propia voluntad se pone a un tercero en una situación de riesgo

Conviene, en este punto, volver a la pregunta fundamental. ¿A cuento de qué, por qué razón un médico que no ha incurrido en mala praxis puede resultar responsable de una complicación o secuela fortuita de la que no informó?



Conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil profesional, los facultativos sanitarios han de responder de aquellos daños que causen en el ejercicio de su profesión interviniendo culpa o negligencia, lo que requiere la identificación de una mala praxis que esté en la base de la producción del resultado dañoso o insatisfactorio

a la que no es seguro que dicho tercero se hubiese expuesto voluntariamente, asume la responsabilidad de que tal riesgo se concrete en un daño, aunque fuere por caso fortuito.

La regla se encuentra en un viejo precepto cuya lógica es evidente. Se trata del artículo 1.891 CC., según el cual

“El gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio”.

Obsérvese que la razón por la que se responde no es por la mera ingerencia en asunto ajeno sin autorización: el gestor oficioso, en los casos generales (dice el artículo 1.889),

asume la obligación de desempeñar su encargo con toda la diligencia de un padre de familia “e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione”. El gestor, aun sin mandato, responde pues (sólo) por culpa. Pero si la operación acometida sin autorización por el gestor es arriesgada, de manera que se esté produciendo una sustitución en una decisión que, por los riesgos que comporta, sólo el dueño puede tomar, entonces el gestor asume esos riesgos a los que indebidamente ha expuesto al dueño.

La regla equipara al caso de las operaciones ‘arriesgadas’, el de la posposición del interés del dueño al del gestor. No falta traducción a nuestro ámbito de este supuesto: cuando el acto médico no pretende cuidar de la salud del paciente, sino experimentar, probar, deslumbrar o demostrar, y para ello se omite una información que hubiera podido disuadir al paciente, la responsabilidad ha de extremarse, alcanzando a toda consecuencia inesperada (por el paciente) y desfavorable.

No se trata de fundamentar directamente la responsabilidad del médico que no obtiene consentimiento informado (o que lo obtiene sin darle la información relevante para decidir) en el artículo 1.891 CC, puesto que ello nos llevaría a importar de manera voluntarista y forzada las expresiones ‘operaciones arriesgadas’ y ‘que el dueño no tuviese costumbre de hacer’, que son adecuadas a la lógica de los negocios patrimoniales, al ámbito de un derecho de la personalidad regulado legalmente. Estamos aludiendo al viejo precepto para decir que el planteamiento que defendemos está anclado en viejas y buenas razones: cuando lo reprochable es sustituir indebidamente a quien ha de tomar la decisión sobre un asunto propio, se produce una asunción del riesgo, de manera que, en un sistema de responsabilidad subjetiva, tal circunstancia hace que se responda de los daños causados por caso fortuito. El riesgo se asigna al profesional que no dio la oportunidad al paciente de asumirlo conscientemente.

En conclusión

1. Sin daño no hay indemnización. Y sin sufrimiento no hay daño moral.

2. Si la intervención médica produce, sin mala praxis, una secuela o complicación para la salud, el médico deberá indemnizar íntegramente dicho daño (y no sólo un porcentaje) si no informó correctamente de su posibilidad,

siempre que tal información, por la entidad del riesgo, hubiese colocado al paciente en un conflicto de decisión.

3. Si la información omitida no era relevante desde el punto de vista decisorio (es decir, lo razonable es pensar que cualquier paciente en su situación se habría sometido a la intervención sin conflicto de decisión), la producción del daño corporal sin mala praxis no es como tal indemnizable, si bien es posible una indemnización por los daños (morales y patrimoniales) derivados de la falta de previsiones adoptadas por el paciente no informado, incluyendo la sorpresa y la decepción. Obviamente este daño no puede presumirse, ni debe calcularse estimativamente como un porcentaje de la secuela producida, sino sólo como expresión monetaria de la diferencia que habría entre haber conocido de antemano el riesgo y no conocerlo.

4. Si, pese a haberse infringido el deber de información, la intervención médica no ha producido la secuela de la que no se ha informado, ello no comporta obligación alguna de indemnizar.

5. Una operación quirúrgica practicada sin consentimiento del paciente (o con un consentimiento totalmente viciado por falta de la información más relevante) que, aunque no cause lesiones, secuelas o complicaciones, no obtenga el resultado terapéutico perseguido, comportará la responsabilidad del profesional, quien deberá indemnizar por el importe en que se valore el hecho en sí de la intervención quirúrgica.

6. Pueden, por último, imaginarse supuestos extremos en los que, sin daño corporal alguno, se ha producido una violencia de tal magnitud sobre la libertad del paciente, que pueda calificarse como daño (y entonces, moral). Me refiero a supuestos dolosos en los que se utiliza al paciente, denigrándolo absolutamente en su dignidad, como campo de experimentación de la medicina. La percepción que de sí mismo puede tener el paciente que descubre haber sido objeto de experimentación sí puede considerarse sufrimiento, denigración y por tanto daño. Lo que ocurre es que para tal tipo de casos la respuesta más adecuada es la del Derecho penal, con la consiguiente responsabilidad civil derivada de delito.

Seguiremos, en todo caso, atentos, a la casuística jurisprudencial, pues no hay mejor modo de acabar de componer el panorama en una cuestión tan abierta y compleja.